

Sygn. akt: KIO 514/11

WYROK
z dnia 25 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Luiza Łamejko

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A. i Exbud Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A. i Exbud Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A. i Exbud Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2.** zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A. i Exbud Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawy - Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** stanowiącej koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych zwane dalej Zamawiającym prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę ul. Nowołazurowej na odcinku od Al. Jerozolimskich do Trasy AK, w tym: zadanie A odcinek od Al. Jerozolimskich do ul. Ks. Juliana Chróścickiego w Warszawie. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 października 2010 r. pod nr 2010/S 208-317455.

W dniu 11 marca 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A. i Exbud Skanska S.A. zwani dalej Odwołującym złożyli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty Strabag Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Informacja o wynikach oceny ofert została przekazana Odwołującemu drogą faksową w dniu 1 marca 2011 r.

Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut naruszenia:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Strabag Sp. z o.o. pomimo niewykazania przez przedmiotowego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) przez przyjęcie, iż złożone przez Strabag Sp. z o.o. dokumenty na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w świetle art. 24 ust. 1 pkt 5 - 8 ustawy Pzp są zgodne z wymaganiami ww. rozporządzenia, a w konsekwencji potwierdzają prawo wykonawcy do uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu w świetle przepisów ustawy Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że Strabag Sp. z o.o. nie wykazała, że spełnia warunek w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp z dwóch powodów:

1. W wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 21 lutego 2011 r. Strabag Sp. z o.o. przedłożyła oświadczenie złożone przed polskim notariuszem, a zatem dokument polski, który nie spełnia wymogu wprowadzonego przez ustawodawcę w § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,
2. Strabag Sp. z o.o. przedłożyła dokument - zaświadczenie o niekaralności wydane przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości Republiki Federalnej Niemiec, którego zakres nie odpowiada zakresowi zaświadczenia wydawanego przez polski Krajowy Rejestr Karny.

Odwołujący stwierdził, że przekazane Zamawiającemu w dniu 22 lutego 2011 r. oświadczenie złożone przed polskim notariuszem nie spełnia kryteriów określonych przez rozporządzenie dla tego rodzaju oświadczeń - Pan A. jako mieszkaniec Niemiec powinien był złożyć stosowne oświadczenie w miejscu zamieszkania. W konsekwencji przekazania oświadczenia złożonego przed organem państwa pochodzenia wykonawcy, nie miejsca zamieszkania osoby, której oświadczenie dotyczy, Strabag Sp. z o.o. złożyła dokument błędny, a co za tym idzie, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający zobligowany był do wykluczenia Strabag Sp. z o.o. z postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że działania Strabag Sp. z o.o. pozostają ze sobą w sprzeczności. Z jednej strony wykonawca, chcąc skorzystać z dyspozycji § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przedkłada dokument wydany przez organ miejsca zamieszkania Pana A. - Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn, z drugiej zaś strony, składa oświadczenie przed organem państwa siedziby spółki - wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że niemieckie zaświadczenie o niekaralności nie obejmuje wszystkich skazań. W Republice Federalnej Niemiec rejestr skazań prowadzi się dla przestępstw, za które orzeczona została kara pozbawienia wolności powyżej 3 miesięcy bądź kara grzywny w wysokości przekraczającej 90 stawek dziennych grzywny. Powyższe czyni niemieckie zaświadczenie o niekaralności różnym od informacji uzyskiwanej z polskiego Krajowego Rejestru Karnego oraz potwierdza, w ocenie Odwołującego,

zasadność wezwania Strabag Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w przedmiotowym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż w § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane ustawodawca dopuścił możliwość przedkładania zaświadczeń wydawanych przez organ miejsca zamieszkania osób będących członkami organów zarządzających wykonawcy w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5 - 8 ustawy Pzp z czego wywiódł, że zaświadczenia te muszą stwierdzać brak wydania wobec konkretnej osoby prawomocnych wyroków karnych za rodzaje przestępstw enumeratywnie wymienione w ww. przepisie. Jak wskazał, gdyby nawet przyjąć, iż Zamawiający nie jest zobowiązany do porównywania i badania różnic występujących w porządkach prawnych poszczególnych państw, to jednak należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z Dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134) „instytucje zamawiające powinny zwracać się do kandydatów lub oferentów o dostarczenie odpowiednich dokumentów oraz, w przypadku wątpliwości dotyczących podmiotowej sytuacji kandydata lub oferenta, mogą zwrócić się o współpracę do właściwych organów danego Państwa Członkowskiego. Wykluczenie takich wykonawców powinno nastąpić niezwłocznie po uzyskaniu przez instytucję zamawiającą informacji o prawomocnym wyroku w sprawie o takie wykroczenia, wydane zgodnie z prawem krajowym.". Zdaniem Odwołującego, przyjęcie stanowiska, iż Zamawiający nie jest uprawniony ani zobowiązany do badania różnic poszczególnych porządków prawnych i winien przyjmować wprost zaświadczenia wydawane przez organy państw obcych, nie znajduje racjonalnego uzasadnienia.

W ocenie Odwołującego, ocena spełnienia warunków sprowadzająca się tylko do przyjęcia dokumentu wydanego przez organ obcego państwa prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uprzywilejowania podmiotów mających możliwość uzyskania dokumentów wydawanych przez organy państw obcych w zakresie odbiegającym od tożsamyh dokumentów wydawanych przez organy Rzeczypospolitej Polskiej. Odwołujący podnosi, iż zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 4 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, w polskim rejestrze gromadzone są dane o osobach prawomocnie skazanych przez sądy obcych państw, a ponadto zgodnie z art. 7 przedmiotowej ustawy zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego w Polsce wydawane jest każdemu obywatelowi państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Jak wynika z powyższego, polski ustawodawca, w systemie prawa krajowego przewidział możliwość uzyskania na terytorium Polski dokumentów dotyczących obywateli Unii Europejskiej, otwierających drogę do udziału w publicznym postępowaniu przetargowym, na równi z wykonawcami krajowymi.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, bowiem żaden z dokumentów przedłożonych przez wybranego wykonawcę dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, odnoszących się do osoby Pana A. nie jest dokumentem wymaganym przez ustawodawcę. Czynność wyboru dokonana przez Zamawiającego podlega unieważnieniu jako czynność przeprowadzona w sposób sprzeczny z obowiązującym porządkiem prawnym.

Odwołujący postawił również zarzut niezgodności oferty Strabag Sp. z o.o. z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - skalkulowane ceny w zakresie budowy wiaduktu drogowego nad torami PKP linii Warszawa-Katowice w pozycjach 45, 46, 141 i 142 nie dają możliwości ekonomicznej i technicznej ich wykonania zgodnie z wymogami dokumentacji projektowej i Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót.

Powyższe daje podstawę do postawienia tezy, iż Strabag Sp. z o.o. nie wycenił konstrukcji wiaduktów będącej przedmiotem zamówienia, określonej w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót i Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, a założył w cenie swojej oferty wykonanie innej technologii, nie obejmującej kluczowych pozycji w zakresie konstrukcji wiaduktów.

Jak wskazał Odwołujący, z dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego wynika, iż wymagano od wykonawców wyceny w zakresie wykonania dwóch równoległych wiaduktów (lewy i prawy) posadowionych na palach wierconych o średnicy 1200mm. Konstrukcję nośną wiaduktów stanowi płyta żelbetowa o stałej grubości, zaś w części nad czynnymi torami kolejowymi ustrój nośny zaprojektowano jako konstrukcję dźwigarobetonową. Zasadniczym jej elementem jest 17-ście sztuk belek stalowych zatopionych w betonie i połączonych poprzecznikami stalowymi. Odwołujący zwraca uwagę, iż indywidualny charakter konstrukcji przęsła nad torami PKP wynika z tego, że dźwigary zostały zaprojektowane w odniesieniu do występującego obciążenia, rozstawu podpór oraz geometrii ul. Nowolazurowej. Odwołujący zwrócił uwagę, że zasadniczym kosztem dla wykonania powyższej konstrukcji stalowej zgodnie ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB)-Roboty Mostowe M. 14.00.00 jest zakup blach wyprodukowanych przez huty.

Z oferty Strabag Sp. z o.o. wynika, iż koszt zakupu konstrukcji stalowej (poz. 45 i 141 kosztorysu - Budowa wiaduktu drogowego nad torami PKP linii Warszawa-Katowice) to 10 zł za 1 tonę konstrukcji. Dla porównania - kolejna najtańsza w tej pozycji oferta to oferta firmy PUT Intercor. Cena jednej tony konstrukcji stalowej w ofercie tego wykonawcy kształtuje się na poziomie ponad 4 000 zł. Zdaniem Odwołującego, niemożliwość wykonania konstrukcji

stalowej w cenie 10 zł za tonę potwierdza cena samego materiału, z którego taka konstrukcja musi być wykonana - z ogólnodostępnych cenników materiałów hutniczych wynika, iż ich cena kształtuje się w ostatnim półroczu niezmiennie na poziomie minimalnym ok. 2 500 zł/1 Mg (za tonę).

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Strabag Sp. z o.o. w przedmiotowym zakresie w związku prośbą Zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty z dnia 21 lutego 2011 r. nie dają Zamawiającemu podstawy do przekonania, iż treść oferty, w szczególności w pozycjach 45 i 141 jest zgodna z treścią Specyfikacji, a więc z treścią opisu przedmiotu zamówienia (zał. nr 3 do SWIZ) oraz dokumentacji projektowej. Oświadczenie, iż cena oferty zawiera wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy zgodnego z przepisami prawa nie potwierdza woli i możliwości faktycznej wykonania tego przedmiotu zgodnie z dokumentacją projektową przekazaną przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał ponadto, że Strabag Sp. z o.o. w swojej ofercie wyceniła konstrukcję stalową dla innego elementu robót tj. dla budowy kładki dla pieszych przy przystanku PKP Ursus Północny na poziomie średnich cen rynkowych tj. na kwotę 5 700 zł za tonę.

Przywołane powyżej fakty, w tym dotyczące konstrukcji oferty cenowej oraz oświadczenie złożone w drodze wyjaśnień dają, zdaniem Odwołującego, podstawę do stwierdzenia, iż Strabag Sp. z o.o. złożyła ofertę wariantową mając na uwadze fakt, iż wzór umowy przewiduje w Klauzuli 13.1. Warunków Szczególnych możliwość zmian postanowień zawartego między stronami Kontraktu w stosunku do treści oferty wykonawcy, a zmiany mogą dotyczyć m.in. zmian technologii wykonywania robót oraz zmiany materiałów koniecznych do wykonywania robót. Jak wskazał Odwołujący, fakt przewidzenia takich warunków zmiany umowy nie przesądza o automatycznej możliwości jej zmiany. Wprowadzenie zmian do umowy może dokonać się tylko w sytuacji zgodnej woli stron i przy spełnieniu określonych warunków.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający uznając treść oferty Strabag Sp. z o.o. za zgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dopuścił złożenie oferty wariantowej, a w konsekwencji poddał ocenie oferty nieporównywalne.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wykluczenia Strabag Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu i odrzucenie oferty tego wykonawcy,
- dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 17 marca 2011 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Strabag Sp. z o.o.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 228 818 749,50 zł (w tym zamówienia uzupełniające do 50%), co stanowi równowartość 59 603 737,82 euro.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt VII ppkt 8 Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

Strabag Sp. z o.o. dołączyła do swojej oferty zaświadczenie o niekaralności w języku niemieckim wydane w dniu 20 września 2010 r. przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości, gdzie stwierdzono, że Pan Paweł Janusz Antonik nie jest notowany w Rejestrze Skazanych (strona 77 oferty). Wykonawca dołączył również tłumaczenie ww. zaświadczenia na język polski (strona 76 oferty).

W sporządzonym przez Strabag Sp. z o.o. kosztorysie budowy wiaduktu drogowego nad torami PKP linii Warszawa-Katowice wykonawca wycenił pozycję 45 „Zakup konstrukcji stalowej z zabezpieczeniem antykorozyjnym oraz dowozem” na kwotę 4 620,30 zł tj. 10 zł za tonę. Wyceniając pozycję 46 „Scalanie konstrukcji stalowych – przęsła blachownicowe bez styków poprzecznych” wykonawca ten zaoferował cenę 924,06 zł tj. 2 zł za tonę. Analogicznie Strabag Sp. z o.o. wyceniła pozycje 141 i 142 kosztorysu.

W dniu 21 lutego 2011 r. Zamawiający zwrócił się na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do Strabag Sp. z o.o. o wyjaśnienie czy w oferowanej cenie (kosztorys ofertowy „Budowa wiaduktu drogowego nad torami PKP linii Warszawa-Katowice-oferta” w szczególności pozycje nr 45 i 141) wykonawca uwzględnił wymagania określone w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – Roboty Mostowe, Tom XXIc.

W dniu 21 lutego 2011 r. Zamawiający zwrócił się do Strabag Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów i/lub udzielenie wyjaśnień stwierdzając m.in., że z treści dokumentu zamieszczonego na stronie 76 oferty nie wynika,

że Pan Janusz Antonik spełnia warunek w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego Strabag Sp. z o.o. w piśmie z dnia 22 lutego 2011 r. wyjaśniła, że w oferowanej cenie uwzględniła wszystkie wymagania Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – Roboty Mostowe, Tom XXIc. Wykonawca oświadczył, że cena oferty zawiera wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego, zgodnego z obowiązującymi przepisami wykonania i przekazania do użytkowania przedmiotu umowy.

W piśmie z dnia 24 lutego 2011 r. Strabag Sp. z o.o. nie podzieliła stanowiska Zamawiającego w zakresie oceny spełniania warunku przez Pana A. Wykonawca oświadczył, że Pan Antonik – członek zarządu Strabag Sp. z o.o. mieszka w Niemczech, w związku z czym wykonawca dołączył do oferty w odniesieniu do jego osoby zaświadczenie o niekaralności wydane przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości Republiki Federalnej Niemiec, organ właściwy ze względu na miejsce zamieszkania Pana A. Odwołujący stwierdził, że zaświadczenie to obejmuje wszystkie przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, a różnice porządków prawnych polskiego i niemieckiego dotyczą wyłącznie wysokości stosowanych sankcji karnych za czyny. Tym samym, w ocenie Strabag Sp. z o.o., złożone zaświadczenie o niekaralności jest właściwym dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków.

Jednocześnie, aby „aby wyjaśnić ostatecznie kwestię spełniania przez Pawła Janusza A. wymogu niekaralności za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy” Strabag Sp. z o.o. załączyła protokół z przyjęcia oświadczenia Pana A. spisany w dniu 22 lutego 2011 r. w Warszawie przed notariuszem, z którego wynika, że Pan Antonik oświadczył, że na dzień 29 grudnia 2010 r. tj. na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie był i nie jest prawomocnie skazany za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego tj. za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania ustaliła i zaważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał interes w złożeniu odwołania. Zarzuty odwołania dotyczą zaniechania odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. W przypadku uwzględnienia postawionych w odwołaniu zarzutów dotyczących oferty Strabag Sp. z o.o. oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą – Odwołujący otrzymał drugą w kolejności liczbę punktów za kryteria oceny ofert, co z kolei wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Izba rozpoznając przedmiotową sprawę uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz treść oferty Strabag Sp. z o.o. Izba uwzględniła także pisemne i ustne stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika złożone w sprawie.

W zakresie zarzutu dotyczącego informacji o niekaralności dotyczącej Pana A. Izba stoi na stanowisku, że w świetle obowiązujących przepisów prawa, w sytuacji, kiedy urzędujący członek organu zarządzającego osoby prawnej ma miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ale w kraju tym wydaje się zaświadczenia w przedmiocie karalności, wystarczającym jest złożenie zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania tej osoby w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Nie jest przy tym wymagane, aby zakres takiego zaświadczenia był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Oczywiście jest bowiem, że porządki prawne poszczególnych państw różnią się zarówno katalogiem czynów zabronionych, przesłanek popełnienia czynu, jak też wysokością kary. §2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje wyraźnie, że podmiot w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedłożyć zaświadczenie wydane przez właściwy organ. Tym samym, ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym w różnych państwach nie nakładając na zamawiających obowiązku badania ich pełnej zgodności z polskim rejestrem karnym, co w oczywisty sposób każdorazowo prowadziłyby do stwierdzenia różnic pomiędzy

poszczególnymi porządkami prawnymi, czyniąc przepis martwym. Należy zatem przyjąć, że ustawodawca uwzględnił różnice w systemach prawnych każdego z państw. Stanowisko takie zaprezentował również Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 225/10. Powyższe stanowisko jest również zgodne z art. 45 ust. 3 lit a Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym za wystarczający dowód niekaralności należy uznać wyciąg z rejestru sądowego. Wskazana przez Odwołującego treść art. 45 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE nie określa obowiązku występowania przez zamawiającego do organów obcego państwa - statuuje jedynie możliwość wystąpienia o współpracę do właściwych organów w sytuacji, gdyby zaistniały wątpliwości co do niekaralności danej osoby.

Wobec powyższego, Izba uznała, że zaświadczenie o niekaralności dotyczące Pana A. złożone wraz z ofertą potwierdzało spełnienie spornego warunku i brak jest podstaw do jego kwestionowania.

Odnosząc się zarzutu dotyczącego oświadczenia złożonego przez Pana A. przed polskim notariuszem wskazać należy, że zgodnie z §2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania może zastąpić zaświadczenie o niekaralności wydane przez właściwy organ sądowy albo administracyjny tylko w sytuacji, gdy w miejscu zamieszkania danej osoby nie wydaje się takich zaświadczeń. Jak wskazano powyżej, Strabag Sp. z o.o. złożyła zaświadczenie o niekaralności Pana A. wydane przez właściwy organ, zatem wymaganie złożenia przez wykonawcę dodatkowo oświadczenia w tym zakresie było bezpodstawne.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut należy jednak zwrócić uwagę na dyspozycję §2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, gdzie ustawodawca przewidział możliwość złożenia oświadczenia przed trzema grupami podmiotów:

- notariuszem,

- właściwym organem sądowym, administracyjnym,

albo

- organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby.

Wykładnia literalna ww. przepisu nie pozwala przyjąć, że wymóg „właściwości” czy „miejsca zamieszkania” dotyczy również notariusza. Powyższe jest zasadne tym bardziej, że brak jest przepisów regulujących właściwość czy miejscowy zakres działania notariusza. Tym bardziej w świetle brzmienia §2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nieuzasadnione i pozbawione podstawy prawnej jest stanowisko Odwołującego wyrażone na rozprawie, kiedy Odwołujący stwierdził, że §2 ust. 2 ww. rozporządzenia mówi o notariuszu kraju miejsca zamieszkania.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu pozostają dokumenty przedkładane przez Strabag Sp. z o.o. w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec oświadczenia złożonego przez Pana A., iż miejscem jego zamieszkania są Niemcy, nieuprawnione w świetle przepisów ww. rozporządzenia byłoby wymaganie, aby wykonawca złożył informację o niekaralności wydaną przez polski Krajowy Rejestr Karny.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący niezgodności oferty Strabag Sp. z o.o. z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja II, pkt II.1.9) i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt III ppkt 6) możliwości składania takich ofert, nie określił opisu sposobu przedstawienia ofert wariantowych, minimalnych warunków, jakim oferty wariantowe muszą odpowiadać, tj. wymogów z art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy Pzp ofertą wariantową jest oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

Aby można było mówić o złożeniu przez wykonawcę oferty wariantowej, wariant musiałby zostać zaproponowany już w ofercie, oraz, co istotne, spełniać minimalne warunki dla ofert wariantowych określone w Specyfikacji. Nie może być mowy o ofercie wariantowej, jeżeli taki wariant nie został zaproponowany, a Odwołujący jedynie przypuszcza, że po zawarciu umowy może dojść do zmiany kontraktu. Należy wyraźnie zaznaczyć różnicę pomiędzy ofertą wariantową, a ewentualną przyszłą zmianą umowy, która nawet gdyby miała zostać w przyszłości dokonana, musi być poprzedzona zgodą Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty Strabag Sp. z o.o. z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Niezgodności takiej nie sposób wywieść z samej kalkulacji ceny dokonanej przez wykonawcę. Kalkulacja ceny jest prawem wykonawcy, na które nie powinien mieć wpływu zamawiający, jeżeli zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący nie postawił. Cena za realizację

zamówienia podana przez Strabag Sp. z o.o. jest zbliżona do szacunkowej wartości zamówienia oraz do cen podanych przez innych wykonawców. O niezgodności oferty Strabag Sp. z o.o. z treścią Specyfikacji nie może świadczyć wycena konstrukcji stalowych dokonana przez tego wykonawcę w innych postępowaniach. Każdy z wykonawców uprawniony jest do osobnego kształtowania cen na użytek poszczególnych zamówień. Za prawem wykonawcy do indywidualnego kształtowania ceny przemawia również fakt, że sam Odwołujący w swojej ofercie wycenił niektóre pozycje kosztorysu na kwoty znacznie niższe od innych wykonawców. Przedstawione przez Odwołującego dowody tj. fragmenty ofert złożonych przez Strabag Sp. z o.o. w innych postępowaniach oraz dokonana przez Strabag Sp. z o.o. kalkulacja ceny nie wskazują również na złożenie oferty wariantowej. W ofercie tej nie wskazano odmiennego niż określony w opisie przedmiotu zamówienia sposobu wykonania zamówienia, przeciwnie, treść oferty wskazuje na jej zgodność z treścią wymagań Zamawiającego. Zgodność tę potwierdził wykonawca w oświadczeniu z dnia 22 lutego 2011 r. oraz na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że brak było podstaw do stwierdzenia, że Strabag Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający, dokonując wyboru oferty Strabag Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej nie dopuścił się naruszenia wskazanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba, działając w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) zasądziła także - na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunku - uzasadnione koszty Zamawiającego, obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....